

EuZW

Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

herausgegeben von

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Jürgen Basedow

Prof. Dr. Peter Behrens

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus-Wilhelm Canaris

Prof. Dr. Susanne Kalss

Dr. Ulrich Karpenstein

Johannes Laitenberger

Prof. Dr. Dr. h. c. Ingolf Pernice

Prof. Dr. Dr. h. c. Uwe H. Schneider

Dr. Dominik Schnichels

Dr. Ulrich Soltész

Prof. Dr. Walter A. Stoffel

Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger

Aus dem Inhalt

- **Ulrich Soltész**
„Wishful thinking“? – Das White Paper der
britischen Regierung zum Brexit (Editorial) 161
 - **Andreas Weitbrecht/Jan Mühle**
Die Entwicklung des europäischen
Kartellrechts 2016 165
 - **Alexander Wellerdt**
Auf dem Weg zur Vollendung der Bankenunion 172
 - **Thomas Volland/Paul Benson**
Demystifying the English Supreme Court's
Brexit decision 176
-
- **EuGH**
Steuerrecht: Wegzugsbesteuerung der Wert-
zuwächse aus einem Tausch von Gesellschafts-
anteilen bei natürlichen Personen
(m. Anm. **Andreas Musil**, S. 187) 180
 - **EuGH**
Vergaberecht: Kein zweites Nachprüfungsver-
fahren bei rechtskräftigem Ausschluss des Bieters
(m. Anm. **Martin Büdenbender**, S. 189) 188
 - **EuGH**
Verbraucherrecht: Erga-Omnes-Wirkung von miss-
bräuchlichen AGB in einem öffentlichen Register
(m. Anm. **Monika Namysłowska**, S. 194) 191
 - **EuGH**
Beihilferecht: Selektivität einer Flughafenentgelt-
ordnung 195



C.H. BECK

5/2017

10. März 2017

28. Jahrgang S. 161–200



5450201705

Vergaberecht: Kein zweites Nachprüfungsverfahren bei rechtskräftigem Ausschluss des Bieters

RL 89/665/EWG Art. 1 III

Der EuGH präzisierte seine Fastweb-Rechtsprechung, wonach der Anschlussrechtsbehelf des Zuschlagsempfängers dann nicht zur Abweisung der Klage eines abgelehnten Bieters führen kann, wenn die Ordnungsmäßigkeit des Angebots jedes der Wirtschaftsteilnehmer im Rahmen desselben Verfahrens infrage gestellt wird. Dieser Grundsatz ist laut EuGH dann nicht anwendbar, wenn ein Bieter bereits durch eine rechtskräftig gewordene Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde. Dies gilt selbst in dem Fall, in dem nur er und der Zuschlagsempfänger Angebote abgegeben haben und der ausgeschlossene Bieter vorbringt, dass auch das Angebot des Zuschlagsempfängers hätte ausgeschlossen werden müssen.

Tenor des Gerichts:

Art. 1 III der RL 89/665/EWG des Rates vom 21.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge in der durch die RL 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2007 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass er dem nicht entgegensteht, dass einem Bieter, der durch eine rechtskräftig gewordene Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers von einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags ausgeschlossen wurde, in einem Fall, in dem nur er und der Zuschlagsempfänger Angebote abgegeben haben und der ausgeschlossene Bieter vorbringt, dass auch das Angebot des Zuschlagsempfängers hätte ausgeschlossen werden müssen, der Zugang zu einer Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung für den betreffenden öffentlichen Auftrag und des Vertragsschlusses verwehrt wird.

EuGH (Achte Kammer), Urt. v. 21.12.2016 – C-355/15 (Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich/Universität für Bodenkultur Wien ua)

Zum Sachverhalt: Das Urteil betrifft die Auslegung von Art. 1 III der RL 89/665/EWG des Rates vom 21.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (ABl. 1989 L 395, 33) in der durch die RL 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2007 (ABl. 2007 L 335, 31) geänderten Fassung (im Folgenden: RL 89/665). Es ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH (im Folgenden gemeinsam: Bietergemeinschaft) einerseits und der Universität für Bodenkultur Wien (im Folgenden: BOKU Wien) andererseits wegen des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung über öffentliche Dienstleistungsaufträge zwischen der BOKU Wien und der VAMED Management und Service GmbH & Co. KG in Wien (im Folgenden: Vamed).

Im Oktober 2012 eröffnete die BOKU Wien ein auf den Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Zuschlagsempfänger über die technische Betriebsführung, Instandhaltung, Instandsetzung und Wartung ihrer technischen Gebäudeausrüstung und Laborausstattung gerichtetes Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags in Form eines Verhandlungsverfahrens mit Veröffentlichung einer vorherigen Bekanntmachung. Nur die Bietergemeinschaft und Vamed legten innerhalb der festgesetzten Frist ein Angebot. Mit einer der Bietergemeinschaft mitgeteilten Entscheidung vom 20.12.2013 wurde sie vom Vergabeverfahren ausgeschlossen, weil der Nachweis des Vadiums im Original nicht rechtzeitig vorgelegt worden sei. Der von der Bietergemeinschaft gegen diese Entscheidung eingebrachte Antrag auf Nichtigerklärung wurde mit Erkenntnis des *Bundesverwaltungsgerichts* (Österreich) vom 31.1.2014 abgewiesen. Die gegen dieses Erkenntnis gerichtete außerordentliche Revision wurde mit Beschluss des *Verwaltungsgerichtshofs* (Österreich) vom 25.5.2014 zurückgewiesen. Mit ei-

ner Vamed mitgeteilten Zuschlagsentscheidung vom 14.3.2014 nahm die BOKU Wien deren Angebot an. In weiterer Folge wurde die Rahmenvereinbarung abgeschlossen und Vamed begann mit der Ausführung der betreffenden Leistungen.

Die Bietergemeinschaft erhob gegen die Zuschlagsentscheidung einen Nachprüfungsantrag an das *Bundesverwaltungsgericht*. Dieser Antrag wurde mit Erkenntnis vom 8.8.2014 zurückgewiesen, weil ein Bieter, dessen Angebot zu Recht ausgeschlossen worden sei, durch Rechtswidrigkeiten, die das Verfahren zur Wahl eines anderen Angebots für den Zuschlag betreffen, nicht in Rechten verletzt werden könne. Im Rahmen der gegen das letztgenannte Erkenntnis beim vorlegenden *Verwaltungsgerichtshof* erhobenen Revision macht die Bietergemeinschaft geltend, dass der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens dem Sachverhalt ähnele, zu dem das Urteil in der Rs. C-100/12 – Fastweb (*EuGH*, ECLI:EU:C:2013:448 = *EuZW* 2013, 751) ergangen sei. In beiden Fällen seien nämlich nur zwei Bieter beteiligt gewesen, und die Bietergemeinschaft sei zwar tatsächlich ausgeschlossen worden, bringe aber vor, dass das Angebot von Vamed ebenfalls hätte ausgeschlossen werden müssen, weil die Kalkulation in wesentlichen Positionen ihres Angebots betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbar sei. Somit gebe es wie im Rahmen des genannten Urteils zwei Bieter, von denen jeder ein wirtschaftliches Interesse am Ausschluss des Angebots des jeweils anderen habe, das er auch dann geltend machen könne, wenn sein eigenes Angebot auszuschneiden sei. Das vorlegende Gericht führt aus, nach § 331 des österreichischen Bundesvergabegesetzes 2006 hänge die Zulässigkeit eines Antrags auf Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Entscheidung im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe davon ab, dass der antragstellende Wirtschaftsteilnehmer ein Interesse am Abschluss des betreffenden Vertrags habe und dass ihm durch die Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden sei oder zu entstehen drohe. In der Rechtssache, in der das Urteil Fastweb (*EuGH*, ECLI:EU:C:2013:448 = *EuZW* 2013, 751) ergangen sei, sei die Rechtswidrigkeit des Angebots des klagenden Bieters nicht vom öffentlichen Auftraggeber im Rahmen des Verfahrens zur Vergabe des betreffenden Auftrags festgestellt worden, sondern im Rahmen des von diesem Bieter gegen die Entscheidung, den Auftrag an einen anderen Bieter zu vergeben, angestrebten gerichtlichen Verfahrens. In Rn. 33 dieses Urteils habe der *EuGH* entschieden, dass sich, wenn die Ordnungsmäßigkeit des Angebots jedes der Bieter im Rahmen desselben Verfahrens aus gleichartigen Gründen infrage gestellt werde, jeder von ihnen auf ein berechtigtes Interesse am Ausschluss des Angebots des jeweils anderen berufen könne. Daraus folge, dass der Bieter, dessen Angebot nicht angenommen worden sei, in einem solchen Fall gerichtlichen Rechtsschutz genieße, obwohl sein Angebot nicht den technischen Anforderungen des betreffenden Auftrags entspreche. Es sei zweifelhaft, ob die im Urteil Fastweb (*EuGH*, ECLI:EU:C:2013:448 = *EuZW* 2013, 751) angestellten Erwägungen auch zum Tragen kämen, wenn ursprünglich zwei Bieter ein Angebot gelegt hätten und der Ausschluss des Bieters, der die Zuschlagsentscheidung anfechten wolle, zuvor rechtskräftig vom Auftraggeber selbst festgestellt worden sei. Diese Zweifel beruhten auf verschiedenen aus der RL 89/665 abgeleiteten Umständen, zu denen insbesondere der Begriff „betroffener Bieter“ iSv Art. 2 a II dieser Richtlinie zähle. Auch wenn die RL 89/665 rechtskräftig ausgeschiedene Bieter offenbar nicht vor etwaigen Rechtswidrigkeiten schütze, die der nach ihrem rechtskräftigen Ausschluss ergangenen Zuschlagsentscheidung für den Auftrag anhafteten, könnte der auf die Bieter anwendbare Grundsatz der Gleichbehandlung es jedoch rechtfertigen, einem solchen rechtskräftig ausgeschlossenen Bieter gleichwohl ein Nachprüfungsrecht gegen die Zuschlagsentscheidung zuzugestehen, wenn sie den einzigen im Verfahren verbliebenen anderen Bieter begünstige. Darüber hinaus sei, falls dem rechtskräftig aus dem Vergabeverfahren ausgeschiedenen Bieter gleichwohl ein Recht auf Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung zustehen sollte, zum einen darauf hinzuweisen, dass das *Bundesverwaltungsgericht* auch erkannt habe, dass es die von der Bietergemeinschaft behaupteten Gründe für den Ausschluss des Angebots von Vamed nicht zu berücksichtigen brauche, weil sie sich nicht offenkundig aus den Verfahrensakten entnehmen ließen. Ein solcher Standpunkt könnte mit dem in Art. 1 I und III der RL 89/665 normierten Erfordernis der Einrichtung möglichst rascher Nachprüfungsverfahren gerechtfertigt werden. Zum anderen stelle sich die Frage, welche Bedeutung es im Rahmen des Anspruchs auf wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz habe, ob die Gründe, aus denen die beiden vorliegenden Angebote auszuschließen seien, gleich- oder verschiedenartig seien. In diesem Zusammenhang hat der *Verwaltungsgerichtshof* das Verfahren ausgesetzt und dem *EuGH* seine Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt.

Der *EuGH* hat wie aus dem Leitsatz ersichtlich entschieden.

Aus den Gründen: [24] Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die RL 89/665 nach ihrem Art. 1 I nur auf Nachprüfungsanträge in Bezug auf Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge im Sinne der RL 2004/18 Anwendung findet, die nicht gemäß den Art. 10–18 der RL 2004/18 von deren Anwendungsbereich ausgenommen sind.

[25] Zwar finden sich in der Vorlageentscheidung keine Angaben dazu, wie sich der Auftragswert der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Rahmenvereinbarung zur Schwelle für die Anwendung der RL 2004/18 verhält, die nach deren Art. 7 Buchst. b bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen, die von anderen öffentlichen Auftraggebern als zentralen Regierungsbehörden vergeben werden, bei 200.000 Euro liegt, doch geht aus mehreren Bestandteilen der Akten des innerstaatlichen Verfahrens hervor, dass die Rahmenvereinbarung diese Schwelle deutlich überschreitet; dies zu prüfen ist aber Sache des vorlegenden Gerichts.

[26] Da die Rahmenvereinbarung ihrer Art nach auch nicht zu den gemäß den Art. 10–18 der RL 2004/18 ausgeschlossenen Aufträgen gehört, steht der Beantwortung der vorgelegten Fragen durch den *EuGH* nichts entgegen.

Zur ersten Frage

[27] Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 1 III der RL 89/665 vor dem Hintergrund des Urteils *Fastweb* (*EuGH*, ECLI:EU:C:2013:448 = *EuZW* 2013, 751) dahin auszulegen ist, dass er dem entgegensteht, dass einem Bieter, der durch eine rechtskräftig gewordene Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers von einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags ausgeschlossen wurde und daher kein betroffener Bieter iSv Art. 2 a dieser Richtlinie ist, in einem Fall, in dem nur er und der Zuschlagsempfänger Angebote abgegeben haben und der ausgeschlossene Bieter vorbringt, dass auch das Angebot des Zuschlagsempfängers hätte ausgeschlossen werden müssen, der Zugang zu einer Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung für den betreffenden öffentlichen Auftrag und des Vertragsschlusses verwehrt wird.

[28] Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass nach Art. 1 I UAbs. 3 und Art. 1 III der RL 89/665 Verfahren zur Nachprüfung der Entscheidungen eines öffentlichen Auftraggebers, um als wirksam angesehen werden zu können, zumindest jeder Person zur Verfügung stehen müssen, die ein Interesse an einem bestimmten Auftrag hat oder hatte und der durch einen behaupteten Verstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht (*EuGH*, ECLI:EU:C:2016:199 = *EuZW* 2016, 431 Rn. 23–PFE [Rs. C-689/13]).

[29] In den Rn. 26 f. dieses Urteils hat der *EuGH* hervorgehoben, dass das Urteil *Fastweb* (*EuGH*, ECLI:EU:C:2013:448 = *EuZW* 2013, 751) eine Konkretisierung der Anforderungen der Bestimmungen von Art. 1 I UAbs. 3 und Art. 1 III der RL 89/665 unter Umständen darstellte, unter denen im Anschluss an ein Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags zwei Bieter Klagen erheben, mit denen der Ausschluss des jeweils anderen begehrt wird. In einer solchen Situation hat nämlich jeder der beiden Bieter ein Interesse daran, einen bestimmten Auftrag zu erhalten.

[30] Der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens unterscheidet sich jedoch ganz erheblich von den Sachverhalten, die Gegenstand der Urteile *Fastweb* (*EuGH*, ECLI:EU:C:2013:448 = *EuZW* 2013, 751) und *PFE* (*EuGH*, ECLI:EU:C:2016:199 = *EuZW* 2016, 431) waren.

[31] Zum einen waren die Angebote der betroffenen Bieter in den Rechtssachen, in denen diese beiden Urteile ergangen sind, im Gegensatz zu dem im Ausgangsverfahren von der Bietergemeinschaft abgegebenen Angebot nicht vom öffentlichen Auftraggeber ausgeschlossen worden.

[32] Zum anderen hatte in diesen beiden Rechtssachen jeder Bieter die Ordnungsmäßigkeit des Angebots des jeweils anderen im Rahmen eines einzigen Verfahrens zur Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung infrage gestellt, wobei jeder von ihnen ein äquivalentes berechtigtes Interesse am

Ausschluss des Angebots des jeweils anderen hatte, was zu der Feststellung führen konnte, dass es dem öffentlichen Auftraggeber unmöglich war, ein ordnungsgemäßes Angebot auszuwählen (vgl. idS *EuGH*, ECLI:EU:C:2013:448 = *EuZW* 2013, 751 Rn. 33 – *Fastweb*; *EuGH*, ECLI:EU:C:2016:199 = *EuZW* 2016, 431 Rn. 24 – *PFE*). Im Ausgangsverfahren focht die Bietergemeinschaft hingegen zunächst die gegen sie ergangene Ausschlussentscheidung an und anschließend die Zuschlagsentscheidung für den Auftrag, wobei sie sich erst im zweiten Verfahren auf die Rechtswidrigkeit des Angebots der Zuschlagsempfängerin berief.

[33] Daraus folgt, dass der den Urteilen *Fastweb* (*EuGH*, ECLI:EU:C:2013:448 = *EuZW* 2013, 751) und *PFE* (*EuGH*, ECLI:EU:C:2016:199 = *EuZW* 2016, 431) zu entnehmende Rechtsprechungsgrundsatz nicht auf die Verfahrens- und Sachlage des Ausgangsverfahrens anwendbar ist.

[34] Überdies ist festzustellen, dass die RL 89/665, wie sich aus ihrem Art. 1 III und ihrem Art. 2 a ergibt, die Existenz wirksamer Nachprüfungsverfahren gegen rechtswidrige Entscheidungen im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags gewährleistet, indem jedem ausgeschlossenen Bieter die Möglichkeit eröffnet wird, nicht nur die Ausschlussentscheidung anzufechten, sondern auch, solange über diese Anfechtung noch nicht entschieden wurde, spätere Entscheidungen, durch die ihm im Fall der Nichtigerklärung seines Ausschlusses ein Schaden entstehen würde.

[35] Unter diesen Umständen kann Art. 1 III der RL 89/665 nicht dahin ausgelegt werden, dass er bei einem Bieter, der wie die Bietergemeinschaft als ein endgültig ausgeschlossener Bieter iSv Art. 2 a II UAbs. 2 der Richtlinie anzusehen ist, der Versagung des Zugangs zum Nachprüfungsverfahren gegen die Zuschlagsentscheidung entgegensteht.

[36] Nach alledem ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 1 III der RL 89/665 dahin auszulegen ist, dass er dem nicht entgegensteht, dass einem Bieter, der durch eine rechtskräftig gewordene Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers von einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags ausgeschlossen wurde, in einem Fall, in dem nur er und der Zuschlagsempfänger Angebote abgegeben haben und der ausgeschlossene Bieter vorbringt, dass auch das Angebot des Zuschlagsempfängers hätte ausgeschlossen werden müssen, der Zugang zu einer Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung für den betreffenden öffentlichen Auftrag und des Vertragsschlusses verwehrt wird.

Zur zweiten Frage

[37] In Anbetracht der Antwort auf die erste Frage ist die zweite Frage nicht zu beantworten.

Anmerkung von Rechtsanwalt Dr. Martin Büdenbender*

I. Hintergrund

Die Frage, ob der Nachprüfungsantrag eines Bieters zulässig ist oder ihm Zugang zum Vergabenachprüfungsverfahren zu gewähren ist, wenn sein Angebot selbst an einem Ausschlussgrund leidet, wird in Rechtsprechung (vgl. etwa aus dem Jahr 2003 *OLG Düsseldorf*, IBRRS 2013, 4426) und Literatur (vgl. etwa *Boesen/Upleger*, NZBau 2005, 672) fast schon so lange diskutiert, wie es überhaupt vergaberechtlichen Rechtsschutz gibt. Aus der hier zu besprechenden Entscheidung des *EuGH* ergeben sich interessante Klarstellungen.

Vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren müssen zumindest jedem zur Verfügung stehen, der ein Interesse an einem bestimmten öffentlichen Auftrag hat und dem durch einen behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden droht. In Deutschland ist diese Vorgabe der EU-Rechtsmittelrichtlinien 89/665/

* Der Autor ist Rechtsanwalt im Kölner Büro der Kanzlei LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE mbB.

EWG, 92/13/EWG bzw. 2007/66/EG durch § 160 II GWB in nationales Recht umgesetzt worden, der die Antragsbefugnis eines Bieters im Nachprüfungsverfahren regelt. Fehlt es an den betreffenden Voraussetzungen, dürfen die Vergabenachprüfungsinstanzen grundsätzlich keine Entscheidung über die Begründetheit eines Nachprüfungsantrags treffen. Sie können dann etwa nicht auf die Aufhebung eines Vergabeverfahrens hinwirken, weil kein vergabekonformes Angebot vorliegt. Im Allgemeinen werden an die Darlegung des Schadens jedoch keine hohen Anforderungen gestellt. Die Geltendmachung der Gefahr eines Schadens wird als ausreichend angesehen. Es genügt, wenn der Antragsteller schlüssig darlegt, mit seinem Angebot eine Aussicht auf den Zuschlag gehabt zu haben (vgl. *Leinemann*, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 6. Aufl. 2016, Rn. 2067). Das ist aber *prima facie* nicht der Fall, wenn das Angebot des Antragstellers selbst an einem zwingenden Ausschlussgrund leidet.

Allerdings hat der *EuGH* in seinem Urteil in der Rs. C-100/12 – Fastweb eine Ausnahme von diesem Grundsatz zugelassen. Zwei Bieter hatten ein Angebot abgegeben und jeder bezweifelte die Ordnungsmäßigkeit des jeweils anderen Angebots im Hinblick auf die Einhaltung technischer Anforderungen, die in den Vergabeunterlagen gestellt waren. Dass dieser Vorwurf jeweils berechtigt war, stellte erst das nationale italienische Gericht fest – und nicht der öffentliche Auftraggeber. Das Gericht vertrat zwar die Auffassung, eigentlich müsse diese Feststellung logischerweise dazu führen, dass beiden Klagen (nach italienischem Recht ging es um Klage und Widerklage) stattgegeben und folglich das Vergabeverfahren für nichtig erklärt werde, da kein Bieter ein zuschlagsfähiges Angebot eingereicht habe. Damit würde der Antragstellerin eine neue Chance verschafft, den Zuschlag zu erhalten (Rn. 13). Nach der Rechtsprechung italienischer Gerichte sei allerdings nur derjenige befugt, gegen die Vergabeentscheidung zu klagen, der rechtmäßig am Vergabeverfahren teilgenommen habe. Das Interesse an der Wiedereröffnung des Ausschreibungsverfahrens reiche nicht aus. Deshalb scheidet eine Nachprüfung aus (Rn. 14).

Der *EuGH* sah dies in seiner Fastweb-Entscheidung anders (*EuGH*, ECLI:EU:C:2013:448 = *EuZW* 2013, 751). Die Nachprüfung des nicht ausgeschlossenen Angebots sei nur zulässig, „wenn die Ordnungsmäßigkeit des Angebots jedes dieser Wirtschaftsteilnehmer im Rahmen desselben Verfahrens und aus gleichartigen Gründen infrage gestellt wird. Denn in einem solchen Fall kann sich jeder Wettbewerber auf ein berechtigtes Interesse am Ausschluss des Angebots des jeweils anderen berufen, was zu der Feststellung führen kann, dass es dem öffentlichen Auftraggeber unmöglich ist, ein ordnungsgemäßes Angebot auszuwählen“ (Rn. 33). Der *EuGH* kam also zu dem Ergebnis, dass ein Nachprüfungsantrag in dieser Konstellation zulässig sein muss. Dieses Ergebnis hat der *EuGH* in der Rs. C-689/13 – PFE für den Fall bestätigt, dass mehrere Unternehmen am Vergabeverfahren teilgenommen haben, aber nur zwei Bieter um Rechtsschutz ersucht haben (*EuGH*, ECLI:EU:C:2016:199 = *EuZW* 2016, 431 m. Anm. *Schröder*).

II. Bewertung

Mit der hier zu besprechenden Entscheidung konkretisiert der *EuGH* seine bisherige Rechtsprechung und schränkt die Zulässigkeit von Nachprüfungsverfahren sachgerecht ein. In dem zugrunde liegenden Fall wurde ein Bieter bereits vom Auftraggeber vom Vergabeverfahren ausgeschlossen, weil er einen geforderten Nachweis nicht rechtzeitig im Original vorgelegt hatte. Der nur gegen den Ausschluss des eigenen Angebots gerichtete Nachprüfungsantrag wurde von den österreichischen Nachprüfungsinstanzen rechtskräftig zurückgewiesen. In weiterer Folge wurde der Vertrag mit dem alleinigen

weiteren Bieter geschlossen (was wohl, anders als nach deutschem Recht, der Zulässigkeit des Antrags nicht entgegenstand). Gegen die Zuschlagsentscheidung richtete sich der weitere Antrag des ausgeschlossenen Bieters. Das vorliegende Gericht meinte, der Grundsatz der Gleichbehandlung rechtfertige es, einem – rechtskräftig – ausgeschlossenen Bieter gleichwohl ein Nachprüfungsrecht gegen die Zuschlagsentscheidung zuzugestehen, wenn diese den einzigen im Verfahren verbliebenen anderen Bieter begünstige. Jeder der beiden Bieter habe ein Interesse daran, den Auftrag zu erhalten (Rn. 17, 29).

Der *EuGH* ist der Ansicht des vorliegenden Gerichts nicht gefolgt und hat zu Recht darauf abgestellt, dass sich der in Rede stehende Sachverhalt ganz erheblich von dem in der Sache Fastweb unterscheidet (Rn. 30 f.). Zum einen war das Angebot der betroffenen Bieter dort nicht schon vom öffentlichen Auftraggeber ausgeschlossen worden, sondern erst durch das angerufene nationale Gericht. Zum anderen hatte in den beiden Vorgängerentscheidungen jeder Bieter die Ordnungsmäßigkeit des Angebots des jeweils anderen im Rahmen eines einzigen Verfahrens zur Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung infrage gestellt. Dabei hatte jeder von ihnen ein äquivalentes berechtigtes Interesse am Ausschluss des Angebots des jeweils anderen. Das führte zu der Feststellung, dass es dem öffentlichen Auftraggeber unmöglich war, ein ordnungsgemäßes Angebot auszuwählen, und deshalb regelmäßig eine Aufhebung des Vergabeverfahrens geboten ist. Im vorliegenden Verfahren hat die Antragstellerin hingegen zunächst die gegen sie ergangene Ausschlussentscheidung in einem ersten Vergabenachprüfungsverfahren angefochten und dann anschließend erst in einem zweiten Verfahren die Zuschlagsentscheidung zugunsten des Mitbewerbers, wobei sie sich erst im zweiten Verfahren auf die Rechtswidrigkeit des Angebots des Zuschlagsbieters berief.

Die Entscheidung des *EuGH* stellt sich im Lichte des vergaberechtlichen Beschleunigungsgrundsatzes als zutreffend dar. Vergaberechtswidrige Entscheidungen des Auftraggebers sollen möglichst schnell korrigiert werden (weshalb zB Rügen Fristen vorgesehen sind, § 160 III GWB). Zudem sollen die Nachprüfungsinstanzen möglichst schnell entscheiden (weshalb die Entscheidungsfrist der *VergKammer* grundsätzlich 5 Wochen beträgt, § 168 I GWB). Darüber hinaus hat grundsätzlich jeder mit seinem Angebot ausgeschlossene Bieter die Möglichkeit, in einem Vergabenachprüfungsverfahren nicht nur die zu seinen Ungunsten ergangene Ausschlussentscheidung anzufechten, sondern auch andere Entscheidungen, durch die ihm – im Fall der Nichtigerklärung seines Ausschlusses – ein Schaden entstehen würde. Hierzu zählt insbesondere die Entscheidung, dem Mitbewerber den Zuschlag zu erteilen. Unter diesen Maximen ist es hinzunehmen, dass der Auftraggeber – möglicherweise – einen Auftrag materiell vergaberechtswidrig vergibt, ohne dass im vergaberechtlichen Rechtsschutzsystem Abhilfe durchsetzbar ist.

III. Praxisfolgen

Die Frage der Antragsbefugnis bei zwingendem Ausschlussgrund in den hier in Rede stehenden Konstellationen hat nicht unerhebliche praktische Bedeutung. Wollen ausgeschlossene Bieter als Antragsteller eine Aufhebung erreichen, müssen sie sich in einem Nachprüfungsverfahren gegen den Ausschluss des eigenen Angebots wehren *und* versuchen, den Ausschluss des Zuschlagsbieters zu erstreiten. Das entspricht gängiger Praxis, setzt aber voraus, dass entsprechende Angriffspunkte gegen das Angebot des Bestbieters bereits bekannt sind. Rügen „ins Blaue hinein“ reichen regelmäßig nicht aus. Ob der *EuGH* in Zukunft vom Grundsatz des „einen Verfahrens“ noch Ausnahmen zulassen wird, erscheint jedenfalls eher fraglich. ■